

NULIDAD PARCIAL DE LA ORDEN MINISTERIAL SOBRE TRANSPARENCIA BANCARIA *

Pascual Martínez Espín

Centro de Estudios de Consumo

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La AN ha anulado, en sentencia de fecha de 5 de marzo de 2013, el artículo de la Orden Ministerial de Economía de 2011 que otorgaba el control de legalidad a los notarios para denegar la autorización de préstamos hipotecarios cuando éstos incumplieran lo previsto en la legalidad vigente. Esta función vuelve a los Registros de la Propiedad. El fallo también anula el precepto que indica que la resolución por la que el notario deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de las cláusulas del contrato deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión era recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

La sentencia tiene su origen en un recurso del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que solicitaba la nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden del Ministerio de Economía EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Palabras clave: consumidor, control de legalidad, notarios, denegación de inscripción.

Title: Partial declaration of invalidity of Ministerial Order on bank transparency

Key words: consumer, legality control, notaries, refusal of registration of real estate.

Abstract: The AN has annulled, in judgment of the Administrative Court, section 3ª, of March 5, 2013, RJCA 2013\178, the article of the Ministerial Order of Economy of 2011 that granted the legality control to notaries to deny authorization

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

of mortgage loans when they failed to comply with the provisions of the Current legality. This function returns to the Land Registrars. The ruling also annuls the precept by which the notary denies authorization of the loan or the registration of any of the clauses of the contract must be made by reasoned document, ordered in facts and legal grounds. This decision was appealed to the General Directorate of Registries and Notaries (DGRN).

The ruling has its origin in an appeal by the Association of Land and Commerce Registrars of Spain, which requested the annulment of sections 3 and 4 of article 30 of the Order of the Ministry of Economy EHA / 2899/2011, of October 28.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Legitimación activa. 3. Control judicial de la potestad reglamentaria. 4. La nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la orden. 5. Conclusión.

1. Introducción

El Colegio de Registradores de la Propiedad impugna la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; concretamente impugna los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la orden ministerial recurrida.

Los motivos para la impugnación de los susodichos artículos de la orden recurrida pueden agruparse en dos: primero, los preceptos recurridos son nulos de pleno derecho por vulnerar el principio de reserva de ley y el de jerarquía normativa (artículo 62.2 de la Ley 30/1992; segundo, el órgano competente para regular las materias que abordan es el Ministerio de Justicia y no el de Economía y Hacienda, por lo que tales preceptos serían nulos de pleno derecho ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992 o en su caso anulables ex artículo 63 de la misma ley.

Las partes codemandadas se han opuesto a la pretensión de la actora, esgrimiendo en primer lugar el Consejo General del Notariado la inadmisibilidad del presente recurso por falta de legitimación del Colegio de Registradores ex artículo 69.b) de la LJ .

La cuestión de fondo del actual recurso es una reproducción de una parte del *thema decidendi del recurso* que se tramitó ante el Tribunal Supremo bajo el número 63/2007 y decidió por la sentencia de 20-5-2008 (RJ 2008, 3491), cuyo recurso entonces fue interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19-1, por el que se modificó el Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2-6-1944.

La Audiencia Nacional, en sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, de 5 marzo 2013, RJCA 2013\178, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad contra la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y declara la nulidad de la parte del primer

párrafo del apartado 3 del artículo 30 que dice *"derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente"* y la nulidad del apartado 4 del artículo 30 de la misma Orden, que señala: *"la decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada"*.

En el presente asunto se cuestiona no la oportunidad o procedencia de que el Notario pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se haya establecido en norma de adecuado rango de legal.

2. Legitimación activa

A propósito de la legitimación activa del Colegio de Registradores la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 20-5-2008 (RJ 2008, 3491) desestimó dicha excepción en cuanto supone una amplia modificación del Reglamento Notarial que objetivamente afecta al ejercicio de su función pública por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Ello no impide que en el examen de la concreta impugnación de alguno de los preceptos pueda advertirse la falta de esa relación con la función registral y de la afectación de los intereses representados por el Colegio recurrente, pero en tanto en cuanto no se justifique tal apreciación ha de entenderse que concurre el requisito de la legitimación.

La aplicación al caso de esa doctrina conduce al rechazo de la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por el Consejo General del Notariado pues no resulta plausible la alegación de que la parte actora se limita en su recurso a una defensa de la legalidad dado que aquel binomio título/inscripción registral a que alude la meritada sentencia del Tribunal Supremo determina la imposibilidad de considerar a los registradores y al Colegio que los representa como simples terceros ajenos a la materia regulada en los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, en cuya materia es de concluir que el Colegio de Registradores tiene un interés legítimo suficiente para su impugnación, y ello tanto respecto del apartado 3, que atañe al control de legalidad por el notario de los actos y negocios que autoriza, como del apartado 4 por su conexión con el apartado anterior y cuya polémica mención a la <<inscripción de alguna de sus cláusulas>> ha sido interpretada de manera diferente por las partes en el debate procesal mantenido en el pleito, siendo así que en cualquier caso el Colegio de Registradores tendría un claro interés en relación con la mención normativa a dicha inscripción.

3. Control judicial de la potestad reglamentaria

La Orden EHA/2899/2011 es una emanación de la potestad reglamentaria de la Administración, por lo que la sentencia transcribe el fundamento jurídico

tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de referencia de 20-5-2008 a propósito del control judicial de la potestad reglamentaria.

El Gobierno, titular de la potestad reglamentaria art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 , y 70 y 71 de la Ley de 1998, y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTs 26 de febrero (RJ 1999, 1823) y 17 de mayo de 1999, 13 de noviembre , 29 de mayo y 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 6754) , entre otras)."

A continuación pasamos a examinar las concretas impugnaciones de los distintos apartados del Real Decreto 45/2007 y preceptos del Reglamento Notarial, y su aplicación a la Orden que nos afecta.

4. La nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden

Las razones ofrecidas por la parte actora para poner en tela de juicio los apartados 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011 ya han sido estudiadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 20-5-2008 (RJ 2008, 3491) en relación con los artículos similares del entonces recurrido Real Decreto 45/2007, siendo de recordar lo dicho a este respecto por el Tribunal Supremo (en lo que resulta de mayor interés al caso):

a. Impugnación del artículo 145

Establece dicho precepto, en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, que:

"La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes. Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello. Esto no obstante, el notario, en

su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

- 1º. La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.*
- 2º. Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.*
- 3º. La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:*
 - a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.*
 - b) Que todos los comparecientes lo soliciten.*
- 4º. En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.*
- 5º. El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.*
- 6º. Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.*

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados

por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad" (la negrita es nuestra).

Se alega con carácter general que en la medida que trata de tipificar los supuestos en que los ciudadanos pueden verse privados de un otorgamiento que la legislación civil impone como obligatoria para la consecución de sus intereses y de regular el recurso que puede ejercitar contra dicha decisión, resulta evidente que se requiere una norma con rango de ley, según los arts. 33, 149.1.6ª y 8ª, 117 y 105 de la Constitución.

La impugnación viene a cuestionar el alcance del control de legalidad atribuido a los notarios por el precepto, señalando que ha de concretarse al otorgamiento con las consiguientes advertencias notariales a los interesados, rechazando el control general de legalidad material del negocio jurídico en que intervienen, como justificación de la denegación del otorgamiento, que ha de establecerse expresamente por ley, entendiendo que tal control de legalidad colisiona con el llevado a cabo a través de la calificación del registrador y supone la infracción de los derechos, libertades y preceptos que ampliamente expone.

En lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto con el término "control" el Reglamento viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley. Así se contempla en los distintos supuestos en que se establecen controles de legalidad con dicho alcance.

Las partes demandadas, teniendo en cuenta tal planteamiento, pretenden amparar el precepto en las previsiones del art. 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el art. 24 de la misma, modificado por la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, e incluso el propio precepto recoge en el primer párrafo dicho art. 17.bis.2.a), sin embargo, no es ese el parecer de la Sala, pues, cuando dicho artículo

establece que "con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes", se está refiriendo a la equiparación de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga, como expresión de que el documento público electrónico ha de estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial, según establece en el párrafo inmediatamente anterior, sin que se aluda a modificación alguna de tales garantías, de manera que el precepto no introduce un control de legalidad ex novo sino que se limita a señalar, entre tales garantías, el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento.

El propio art. 17.2.b) dispone esa equiparación de los documentos autorizados en soporte electrónico y sobre papel en cuanto a la fe pública de la que gozan y la presunción de veracidad e integridad de su contenido, que ni en la Ley (art. 1) ni el Reglamento (art. 2, en la esfera del Derecho se refiere a la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de las declaraciones de voluntad de las partes) se extienden a la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1.218 del Código Civil en el sentido de que los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste y, contra los contratantes y causahabientes en cuanto a las declaraciones que hubieran hecho los primeros.

Tampoco el art. 24 incorpora ese denominado control de legalidad, limitándose a señalar que "los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas", cuyo alcance ha de ponerse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 que modificó la redacción, prevención del fraude fiscal, aludiendo a ese genérico deber de los notarios, sin otra concreción sobre su materialización que no sea la especial colaboración con las autoridades judiciales y administrativas, cumpliendo las obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades, lo que no permite atribuir tampoco a dicho precepto la implantación de un control de legalidad en los términos que venimos examinando y que recoge el precepto impugnado.

Ello no supone desconocer que en el ejercicio de su función de carácter complejo, el Notario evalúa la legalidad del acto o negocio jurídico de que se trate y que a tal efecto los interesados acuden al mismo, fiados en su cualificación jurídica, para instrumentalizar adecuadamente tal acto o negocio jurídico, reflejándose en la sentencia de 26 de enero de 1996 el desarrollo de

una función profesional con apoyo en la previsión del art. 17 de la Ley del Notariado, según el cual "el Notario redactará escrituras matrices...", se trata de precisar que ese deber de los notarios de velar por la regularidad formal o material de los actos o negocios jurídicos en que intervenga o el examen de la adecuada legalidad habrá de efectuarse en los términos y con el alcance que resulta de la Ley que la propicia, antes señalados, materializándose en las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la Ley o, como resulta del art. 194 del propio Reglamento, en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes, en los términos que resultan del art. 1 del propio Reglamento, e incluso otras previsiones legales como la ya indicada del art. 24 de la Ley.

Tampoco supone un juicio negativo sobre la viabilidad jurídica del establecimiento de un control de legalidad a cargo de los notarios en los términos generales señalados, y menos aún un juicio sobre su oportunidad, que no corresponde realizar al órgano judicial.

Se trata solamente de que su establecimiento, por las razones indicadas y las que se expresan seguidamente, ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en la correspondiente norma de adecuado rango legal.

Efectivamente, menos amparo legal tiene el hecho de que reglamentariamente se anude al juicio de legalidad desfavorable del Notario, con la amplitud y generalidad que lo hace el precepto impugnado, la consecuencia de denegación de su autorización o intervención.

A tal efecto lo primero que debe significarse es la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados, privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17 , 18 , 24 , 25 , 32 LH ; arts. 1473 párrafo segundo , 1526, párrafo segundo del CC , entre otros).

Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de Ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

Tal reserva de Ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación,--- criterio que proyecta sobre el derecho de propiedad señalando

que «este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), F. 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de Ley "prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada (estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora) por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos"».

En nuestro caso, además de lo ya expuesto sobre el control de legalidad en cuestión, falta una concreta habilitación legal que permita establecer reglamentariamente la denegación de la autorización o intervención notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable. De este modo, no puede hallarse la misma en los citados arts. 17.bis y 24 de la Ley del Notariado, a pesar de su reciente modificación por las leyes 24/2001 y 36/2006, que ni siquiera sirven de amparo para justificar un control de legalidad en los términos que resultan del precepto reglamentario, según se ha razonado antes y que ninguna previsión contienen sobre la posibilidad de denegación por los notarios de su ministerio y la revisión de una eventual decisión en tal sentido.

Tampoco puede considerarse como norma habilitante el art. 2 de la Ley del Notariado, porque el mismo se refiere genéricamente a la obligación del Notario, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, que no puede negar, sin justa causa, la intervención de su oficio, de manera que no se contempla la concreta cuestión de denegación en razón de la valoración de la legalidad del acto o negocio de que se trate. El propio Reglamento en el art. 3 reitera el carácter obligatorio del ministerio notarial, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida, sin ninguna precisión al efecto. En tal sentido, aun considerando que el concepto justa causa se refiriera genéricamente a cualquier circunstancia que pudiera calificarse como tal, incluido un juicio de legalidad desfavorable, el art. 2 de la LN, en el mejor de los casos, supondría una deslegalización de la materia, facilitando un desarrollo reglamentario independiente, en cuanto la Ley no contiene la mínima regulación que garantice que los supuestos de denegación de la autorización o intervención notarial responden a la voluntad del legislador, trasladando al ámbito reglamentario la facultad que la Constitución atribuye al legislador para su efectivo ejercicio, propiciando que por vía reglamentaria se haya configurado un régimen de denegación de la intervención notarial, en virtud de un juicio desfavorable de legalidad, con el carácter general que se desprende de los supuestos contemplados en el precepto impugnado, sin la necesaria precisión en cuanto al alcance de la deficiencia legal en que se sustenta el juicio desfavorable y sin ninguna valoración sobre la incidencia en los derechos tutelados y afectados por dicha denegación, que resulta insostenible como norma reglamentaria que carece de la necesaria cobertura legal.

El propio legislador, a la hora de establecer concretas limitaciones de acceso a la autorización notarial de actos o negocios jurídicos, ha acudido a disposiciones con rango de Ley, como, entre otros, del art. 10.6 de la Ley

26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que impide la autorización por el Notario de aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales; el art. 4.4 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, según el cual los notarios no pueden autorizar una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del propio precepto; el art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que impide la autorización de escrituras públicas de declaración de obra nueva sin que se acredite la constitución de las garantías establecidas en el art. 19 de la Ley; o el art. 25.5 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que impide a los notarios autorizar las escrituras de adquisición sin que previamente se acredite la notificación fehaciente a la Administración, que exige dicho precepto.

Además de la apreciada infracción de la reserva de Ley en los términos expuestos, ha de tenerse en cuenta que la regulación del precepto reglamentario afecta a aspectos de la contratación regulados en el Código Civil, como el acceso a determinada forma (art. 1279) o la libertad de pacto (art. 1255), aparte de otros aspectos que ya hemos señalado antes, que una disposición reglamentaria debe respetar y tomar en consideración a la hora de establecer una regulación que incida en las previsiones de la norma de rango superior, que en este caso tampoco se ha tenido en cuenta.

En conclusión, el precepto debe anularse en todos los párrafos que han sido objeto de impugnación en cuanto responden al control de legalidad que no se entiende amparado legalmente, debiéndose precisar que ello incluye el último inciso del párrafo segundo en cuanto puede amparar la denegación de la autorización e intervención notarial en virtud de la valoración del Notario en los amplios términos que se recogen en el mismo. Ello no excluye lo que pueda acordarse por el Notario a efectos de que se complete la solicitud de autorización o intervención formulada por los interesados en los términos que legalmente vengan establecidos. También incluye la declaración de nulidad el último párrafo, que igualmente responde a la revisión de la denegación de la autorización o intervención en los términos contemplados en el precepto, que se anula y que en tal medida queda sin contenido, además de que su establecimiento como tal revisión de una actuación administrativa, como es la decisión del Notario en su condición de funcionario público relativa a la prestación o denegación de sus funciones, desborda el ámbito reglamentario al estar sujeto a reserva de Ley (art. 105.c , CE), lo que ya declaramos en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3160) , con referencia a la sentencia de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6275) .

b. Impugnación del último párrafo del artículo 168

"Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su

satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al art. 145 de este Reglamento".

La parte recurrente se remite en su impugnación a las observaciones efectuadas al art. 145 respecto de la necesidad de que se regule mediante norma con rango de Ley la denegación de la función notarial y la falta de norma de dicho carácter que atribuya al Notario la calificación de la legalidad, señalando que se trata de una función nueva de los notarios, que esta función es precisamente la que tienen atribuida otros funcionarios, que son los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los Registradores de Bienes Muebles e incluso los Encargados del Registro Civil. Se refiere a la restricción a la libre circulación de capitales a causa de la denegación de la autorización del Notario, según el dictamen de la Comisión Europea de 27 de enero de 1998, a la injerencia en las competencias de los funcionarios extranjeros, la oposición al art. 36 del Reglamento Hipotecario y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006.

Esta impugnación debe estimarse por las mismas razones expuestas al examinar el art. 145, pues la propia redacción del precepto refiere la denegación de la intervención precisamente a lo dispuesto en dicho art. 145, y con ello al control de legalidad en los términos y con el alcance allí establecidos que la Sala considera ilegales y determinantes de la nulidad que, en consecuencia, también ha de predicarse de este último párrafo del art. 168, que introduce esa modificación sustancial en la redacción del precepto, contenida en el último inciso, al establecer la denegación de la función notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable.

c. Impugnación del artículo 197 quáter

"Como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado (RCL 1945, 57), la expresión "Con mi intervención" implica el control de legalidad por el notario y, en particular:

- a) La identificación por el notario de los contratantes por sus documentos de identidad reseñados, salvo que se consigne otro medio de identificación de los establecidos en el artículo 23 de la Ley del Notariado.*
- b) La reseña de las circunstancias de los otorgantes conforme a lo prevenido en el artículo 197 bis, párrafo segundo, de este Reglamento.*
- c) El juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido. Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 164 de este Reglamento.*

- d) Que la calificación del acto o contrato es la que figura en el mismo, con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial.*
- e) Que el contenido del negocio jurídico de que se trate se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes.*
- f) Haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales en la forma exigida por las leyes o por este Reglamento. No obstante el notario podrá incluir las reservas y advertencias legales que juzgue oportunas.*
- g) La conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumentales, en su caso, la firma ante el notario, o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido.*

Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia".

La impugnación de este precepto se funda en la consideración de que se atribuye al Notario un control de legalidad que carece de soporte legal, dando por reproducido lo manifestado en relación con los arts. 145 y 168 último párrafo. Entiende la recurrente que debe anularse el último inciso de la letra c) del párrafo primero en cuanto remite al segundo párrafo del art. 164. De la misma forma debe anularse la referencia al juicio de legitimidad de firmas de los representantes de instituciones financieras contemplado en la letra g) párrafo primero, por conexión con el párrafo segundo del art. 197 bis. Y finalmente, se solicita la nulidad del último párrafo del precepto, remitiéndose a los argumentos expuestos en relación con el último párrafo del art. 145.

En opinión de la Sala debe estimarse la impugnación en cuanto al inciso "el control de legalidad del notario", por lo ya expuesto al examinar el art. 145, rechazando la cobertura legal de dicho control de legalidad en los términos que allí se regulan y aquí se invocan, con referencia a una interpretación del art. 17 bis de la Ley del Notariado que no se comparte; y también debe estimarse el recurso en relación con el último inciso de la letra c) "será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del art. 164 de este Reglamento", el último inciso de la letra g) "o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido", así como el último párrafo "Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia", de acuerdo con las razones expuestas

al resolver sobre el segundo párrafo del art. 164, el segundo párrafo del art. 197.bis y el art. 145, siendo de añadir respecto de este último párrafo, que la estimación de la impugnación no solo comprende la previsión de la denegación de su actuación por el Notario por lo allí expuesto, sino que incluye el régimen de revisión de tal decisión del Notario, que supone el establecimiento de un procedimiento administrativo de revisión de una actuación administrativa, como es la decisión del Notario en su condición de funcionario público relativa a la prestación o denegación de sus funciones, que desborda el ámbito reglamentario al estar sujeto a reserva de Ley (art. 105.c CE), lo que ya declaramos en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3160) , con referencia a la sentencia de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6275) . En todo caso, tal procedimiento de revisión resulta sin contenido al anularse la posibilidad de denegación notarial, en tanto en cuanto no se establezca por Ley.

5. Conclusión

Los apartados 3 y 4 de la recurrida Orden EHA/2899/2011 devienen nulos de pleno derecho al regular materias reservadas a la ley (artículo 23.2 de la Ley 50/1997 y artículo 62.2 de la Ley 30/1992, cuya conclusión fluye de la sola contemplación de los argumentos transcritos por la sentencia del Tribunal Supremo de 20-5-2008 (RJ 2008\3491).

Se invoca la nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 por regular cuestiones que son de la competencia del Ministerio de Justicia. Pues bien, el artículo 308 del Reglamento del Notariado dispone que el Ministerio de Justicia es el órgano de la Administración del Estado encargado de la acción del Gobierno en cuanto afecte a la fe pública notarial, siendo así que ninguna duda cabe en cuanto a que los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden recurrida afectan a la fe pública notarial, por lo que la competencia sobre dicha materia correspondía al citado Ministerio de Justicia y no al Ministerio de Economía y Hacienda, de tal modo que aun admitiendo la competencia de este último para el resto de la normativa que se contiene en la sobredicha Orden ministerial habríamos de convenir en que tal orden afectaba a varios Departamentos, cuya circunstancia imponía, de acuerdo con el artículo 25.f) de la Ley 50/1997, que la misma emanara del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los Ministros interesados, y no habiéndose observado dicha norma imperativa es de concluir que concurre una nueva causa de nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992) por incompetencia e infracción de una norma de superior jerarquía.

En resumen, se basa el Tribunal, fundamentalmente, en el principio de jerarquía normativa y en haberse dictado la Orden por el Ministerio de Economía y Hacienda sin la firma del Ministro de Justicia.

En cualquier caso, el reconocimiento del control de legalidad de notarios y registradores aparece con rango de Ley en el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En la misma Ley hay un texto

muy parecido al del párrafo cuarto anulado (concretamente, el último párrafo del art. 18):

"3. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la legislación específica".